

国際倒産における担保権

Security Rights in International Insolvency

芳 賀 雅 顯

目 次

- 一 本稿のねらい
- 二 五つの問題局面
- 三 「手続は法廷地法による」の原則との関係
- 四 国際倒産と担保権
 - (一) 担保権物権の準拠法
 - (二) 倒産法での扱い
 - 1 EU 倒産規則
 - 2 日本法での議論
 - (三) 外国での担保権の実行と弁済調整（ホッチポット・ルール）
 - (四) 外国倒産手続の承認との関係
- 五 関連する問題
 - (一) 相 殺 権
 - 1 相殺の準拠法
 - 2 倒産法での扱い
 - (二) 否 認 権
 - 1 債権者取消権の準拠法
 - 2 否認権の準拠法
- 六 結 語

一 本稿のねらい

企業活動の国際化に伴い、企業の経済的破綻によって生ずる法的問題も複数の国の実質法（実体法・手続法の双方を含む）および抵触法が複雑に絡み合い、

複雑化の様相を呈している。しかし、これに対してわが国の倒産諸法は、長い間、制定当初の経済活動を前提にしたまま大きな改正を経ずにきたため、とくに国際化に対応してこなかったとの批判がなされていた⁽¹⁾。その後、UNCITRAL モデル法の成果を取り入れた一連の倒産法改正をひとまず終え⁽²⁾、現在では、「国際協調に関する現時の国際水準を十分に達成している」と評されている⁽³⁾。しかし、一連の改正では⁽⁴⁾、立法まで至らなかった重要問題もあ

- (1) 批判の中心は属地主義に向けられていたといっても過言ではない。明文で属地主義が定められていたにもかかわらず（破産法旧3条、旧和議法11条、会社更生法旧4条）、属地主義を制限しようとする試みが有力説によって説かれたのは、債務者の在外財産に対して日本の倒産手続の効力が及ばないとすると、資力・情報力を有する一部の債権者が債務者の在外財産に対して個別執行を行うことで抜け駆け的に債権回収を行うことへの懸念に基づく。この問題に関する先駆的業績として、青山善充「倒産手続における属地主義の再検討」民事訴訟雑誌 25号 125頁（1979年）がある。

属地主義の理論的根拠としては、①手続法は公序に属するという公序理論、②債権者は債務者の国内財産を引き当てに与信を行っていること、③倒産手続は執行手続の一種であり、効力は執行国に限定されるべきであること、などが説かれていた。また、実際上の理由として、④債務者が外国に財産を有していることがそれほど多くはなかったため、外国財産を倒産手続に組み込まなくても実際上はそれほど影響がなかったこと、⑤外国にいる関係人との通信・移動に時間を要したこと、が考えられる。これらの理由の中には、立法当初は、それなりに合理性を有していたものがあるとも考えることができるが、制定当初から有力説は、解釈論としては属地主義によりつつも普及主義に好意的であった。参照、加藤正治『破産法研究(1)』331頁（有斐閣、1912年）、斎藤常三郎『破産法及和議法の研究(6)』116頁（弘文堂、1930年）。

なお、かつて採用されていた倒産能力の相互主義に対する批判として、青山善充「倒産手続における外国人の地位」鈴木忠一＝三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座(7)』267頁（日本評論社、1982年）。

- (2) 一連の改正作業に基づく国際倒産に関する規定の特色として、次の点を挙げることができる。すなわち、①国際倒産管轄に関する規定を設けたこと、②外国人の倒産能力について相互主義を定めた規定が削除されたこと、③厳格な属地主義を廃止し、日本の倒産手続の対外的効力を定めたこと、④外国の倒産手続の国内的効力も認め、その際の承認要件を定め、さらには内外手続あるいは外国手続相互の日本における手続上の優先関係について規定を設けたこと、⑤一債務者一倒産主義を維持することは非現実的であるとして、内外手続の並行倒産を許容し、両手続の調整手段としてホッチポット・ルールとクロス・ファイリングの制度を採用したこと、である。
- (3) 山本和彦『国際倒産法制』12頁（商事法務、2002年）。
- (4) なお、筆者は、かつて、手続法に関する現在のわが国の国際倒産法制と外国の倒

る。そのうちの 하나가、倒産抵触法の問題である。

本稿は、国際倒産における担保権の処遇について論じるものであるが、テーマ設定の理由は以下の点にある。担保権は、企業活動においてもはや欠かすことのできない存在といえることができるが、国際倒産における担保権をめぐる問題は、その重要性に比べて、日本ではこれまでそれほど注目を集めてこなかったといえる⁽⁵⁾。国際倒産における否認権をめぐる議論と比べても⁽⁶⁾、低調だったと評価することができる。そこで、本稿は、担保権と国際倒産の関係を検討する第一段階として、従来の法的枠組とその問題点を確認することを目的とするものである。その意味では本稿は今後の研究の準備作業に過ぎない。

ところで、わが国では、国際倒産に関する判例が極めて少ないため、本稿では学説の動向を中心に述べていくことにする。しかし、学説においても、とりわけ倒産抵触法に関する研究はこれまで不十分であったといえる。そこで以下では適宜、倒産以外の局面における準拠法決定の状況との比較、および EU 倒産規則や UNCITRAL モデル法の動向にも言及していくことにする。

産法制 (EU 倒産規則, UNCITRAL モデル法, アメリカ合衆国連邦倒産法, およびカナダ法) について比較を試みたことがある。芳賀雅顯「比較法から見たわが国の国際倒産法」法律論叢 80 巻 6 号 29 頁 (2008 年), Haga, Das europäische Insolvenzrecht aus der Sicht von Drittstaaten, in: Gottwald (Hrsg.), Europäisches Insolvenzrecht/Kollektiver Rechtsschutz, 2008, S.169 ff. Vgl. auch Ishikawa/Haga, Das neue internationale Insolvenzrecht in Japan, in: FS. Kostas E. Beys, 2003, S.587 ff.

- (5) たとえば、貝瀬幸雄「倒産国際私法」高桑昭＝道垣内正人編『新・裁判実務大系 (3)』532 頁 (青林書院, 2002 年), 河野俊行「倒産国際私法」金融・商事判例 1112 号 147 頁 (2001 年), 森田博志「取戻権・倒産担保権の準拠法 (下)」NBL 660 号 56 頁 (1999 年), 山戸嘉一「破産」国際法学会編『国際私法講座 (3)』901 頁 (有斐閣, 1964 年)。

- (6) 否認権の準拠法に関する邦語文献としては、つぎのものがある。貝瀬・前掲注 (5) 527 頁, 河野・前掲注 (5) 154 頁, 高木新二郎「否認権の準拠法」白川和雄先生古稀記念論集刊行委員会編『民事紛争をめぐる法的諸問題』559 頁 (信山社, 1999 年), 田頭章一「外国破産手続の対内的効力と外国管財人による否認権の行使」岡山大学法学会雑誌 44 巻 1 号 75 頁 (1994 年), 山戸・前掲注 (5) 903 頁, 山本克己「涉外性のある内国倒産手続の諸問題」民商法雑誌 113 巻 2 号 40 頁 (1995 年) など。

二 五つの問題局面

日本の国際倒産手続において担保権の処遇が問題になる局面としては、大別して、つぎの五つに分けて考えることができよう。

第一に、日本で倒産手続を進めていく際に担保権の扱いが問題になる場合がある。これには、日本の倒産手続が主手続である場合のみならず、外国手続との並行倒産が生じている場合が含まれる。債権者サイドからすると、日本に債務者の営業所や工場がある場合には、日本法上、これらの財産に対しては法定担保権あるいは約定担保権が生じていることがあり得る。しかし、外国倒産手続において、当該権利について日本法におけるように優先的な扱いが認められているとは限らない。また、クロス・ファイリングの制度によって、日本の債権者が海外での倒産手続で債権届出が可能であったとしても、時間・費用などの観点から外国手続からの配当を待つ余裕がない債権者もあり得よう（たとえば労働者）。そこで、外国倒産手続の管財人が外国倒産手続の承認を日本で申し立てた場合に、国内債権者は日本で倒産手続を申し立てて並行倒産に持ち込むか否かの選択をすることになる。

第二に、外国での担保権の実行を行った債権者に対して、日本での倒産手続において弁済調整（ホッチポット・ルール）の適用を認めることができるか、という問題がある。弁済調整の制度は、本来、外国倒産手続での配当を日本の倒産手続での配当に際して考慮することで、各債権者間の配当について平等を確保しようとするものである。他方で、担保権の実行は、わが国では別除権としての地位を与えられ、倒産手続によらずに権利行使をすることが認められている（破産法 65 条、民事再生法 53 条 2 項、ただし、会社更生法 50 条 1 項）。また、担保権者が担保権を実行した場合に、被担保債権の満足を図ることができなかった場合には、破産債権者としての地位を有することになる（破産法 108 条 1 項本文、民事再生法 88 条本文、なお、会社更生法 135 条 1 項）。そこで、担保権者が外国の手続で担保権を実行したところ回収不足の額について日

本の倒産手続に債権の届出をしたときに、日本の倒産手続としてどのような対応をすべきか問題になる。弁済調整は、破産債権に対する配当額の調整であるとするならば、外国での担保権の実行は弁済調整ルール適用対象外ということになるが、議論の余地がある。

そして、第三に、外国で倒産手続が進行している場合に、その承認が日本に求められ、承認援助処分との関係で日本にある財産の担保権の処遇が問題になる場合が考えられる。この場合、再建型倒産手続においては、担保権の実行がなされると債務者の再建が困難になるおそれがあることから、両者の調整が問題になる。

また、第四に、関連する問題として、担保権と類似する機能を有する相殺権と国際倒産の関係、さらに第五に、担保権行使と否認権の関係も検討を必要としよう。

三 「手続は法廷地法による」の原則との関係

涉外民事事件での法適用関係は、実体問題については、国際私法（抵触法）が定める準拠法選択ルールにしたがい最も密接に関係する国の法を採求する。わが国では、2007年1月1日施行の「法の適用に関する通則法」が重要な国内法上の法源となる。これに対して手続問題については、「手続は法廷地法による（lex fori）」の原則により法廷地の法律（日本法）が適用される⁽⁷⁾。もっ

(7) その根拠については、公法の属地的適用の理論、「場所は行為を支配する（locus regit actum）」の原則などさまざまな見解が主張されている。参照、石川明＝小島武司編『国際民事訴訟法』176頁（森勇）（青林書院、1994年）、井之上宜信「国際私法における外国手続法の適用について」中大大学院研究年報〔法学研究科編（下）〕15巻I-2号27頁（1986年）、小梁吉章「手続は法廷地法によるの原則」広島法科大学院論集3号311頁（2007年）、澤木敬郎「『手続は法廷地法によるの原則』について」立教法学13号31頁（1974年）、澤木敬郎「国際私法と国際民事訴訟法」澤木敬郎＝青山善充編『国際民事訴訟法の理論』18頁（有斐閣、1987年）、道垣内正人『ポイント国際私法（各論）』20頁（有斐閣、2000年）。

とも、当事者能力や訴訟能力などについては、手続的抵触規定という不文の抵触法ルールを認めて、外国訴訟法の適用を認める見解も有力に説かれている⁽⁸⁾。

倒産手続も裁判手続であるから、多くの問題は法廷地法原則に服することになる。具体的には、倒産手続開始原因、各手続の申立権者および申立期間、倒産手続遂行機関の選任・権限、送達・公告など関係者への通知手段、倒産能力、倒産財団の範囲、手続進行上の諸原則、債権届出の方法・期間、弁済の方法などが該当すると考えられる⁽⁹⁾。ところで、わが国の倒産法には実体問題に係る規定（倒産実体法）がおかれている。そこで国際倒産の場合にどのような法的処理をするのか、すなわち法廷地法原則に服するのか、それとも外国法の適用を認めるのかについては、規定がないので解釈に委ねられることになる。

しかし、これらの理論的説明は、これまでのところ十分な説得力を有していないように思われる。経済法や刑法においても属地主義が貫徹されていない現状からすると（「域外適用の理論」や国外犯に関する規定）、属地主義が理論的基盤を得るのは困難なように思われる。詳細な検討は今後の課題としたいが、現時点では、属地主義の根拠は、手続法は実体法的関連性が薄く本案の帰趨に強い影響を及ぼさないため外国訴訟法の適用を必要としなかったこと、外国訴訟法の適用は国内で実施困難な場合があること（たとえば米国のディスカバリー手続、クラス・アクション、証明度）、あるいは任意訴訟禁止の原則との関係といった、実際上の必要性の有無や国内手続における実現可能性にあったのではないかと考えている。

- (8) 山田鐸一『国際私法の研究』307頁（有斐閣，1969年）。しかし、わが国の通説および裁判例の多くは法廷地訴訟法の適用を認める。したがって、当事者能力あるいは訴訟能力の有無は、日本の民訴法の規定により定まるが、その前提となる権利能力あるいは行為能力の判断は、日本の抵触法ルールにしたがい、本国の実体法により定まる。当事者能力について、青山善充「外国人の当事者能力および訴訟能力」澤木敬郎＝青山善充編『国際民事訴訟法の理論』209頁（有斐閣，1987年）、伊藤眞『民事訴訟法（第3版3訂版）』97頁（有斐閣，2008年）、高桑昭「当事者能力」高桑昭＝道垣内正人編『新・裁判実務大系(3)』170頁（青林書院，2002年）、東京高判昭和43年6月28日高民集21巻4号353頁、東京高判昭和49年12月20日高民集27巻7号989頁。また、訴訟能力については、秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法(1)（第2版）』336頁（日本評論社，2006年）、伊藤・前掲99頁、兼子一『新修民事訴訟法体系（増補版）』57頁（酒井書店，1965年）、最判昭和34年12月22日家月12巻2号105頁。

これらの点に関する近時の議論の詳細は、小田司「外国人の当事者能力及訴訟能力」日本法学73巻2号555頁（2007年）。

- (9) 本間靖規＝中野俊一郎＝酒井一『国際民事手続法』218頁〔本間〕（有斐閣，2005年）、山戸・前掲注(5)894頁。

この点について、従来からの支配的な見解は⁽¹⁰⁾、倒産実体法の分野についても、前提となる法律関係については準拠実体法により定まるが、それ以外は法廷地法の適用があると説いていた。

これに対して、近時有力に説かれているのは、通常の渉外的法律関係と、倒産といういわば非常事態の渉外的法律関係とに連続性を認めようとする見解である⁽¹¹⁾。この立場は、倒産手続が開始するの可否かで準拠法が一変するのは法的安定性を害するとして、倒産の開始如何に関わらず準拠法を一体的に適用すべきであるとの立場から主張されている。

四 国際倒産と担保権

(一) 担保権物権の準拠法

物権の準拠法については、「法の適用に関する通則法」13条により、目的物の所在地法 (lex rei sitae) が適用される。しかし、担保物権の準拠法については、「法の適用に関する通則法」は規定を設けていない⁽¹²⁾。法改正に際しては、明文の規定を設けることが検討されたが、見送られることとなった⁽¹³⁾。その理由としては、次のように説かれている⁽¹⁴⁾。「法定担保物権については、これまでの通説にしたがい、目的物所在地法と被担保債権の準拠法を累積適用す

(10) 谷口安平『倒産処理法〔第2版〕』421頁（筑摩書房，1984年），山戸・前掲注（5）896頁など。後述のように、ドイツでは、国際倒産における担保権の処遇について、この見解は倒産手続開始地国法と担保物権の準拠法との調和を図るものとして支持を得ている。

(11) 澤木敬郎＝道垣内正人『国際私法入門〔第6版〕』264頁（有斐閣，2006年），早川吉尚「国際倒産の国際私法・国際民事手続法的考察」立教法学46号181頁（1997年），森田博志「取戻権・倒産担保権の準拠法（上）」NBL 653号25頁（1998年）。

(12) 「法の適用に関する通則法」立法に際しての議論状況については、法例研究会「法例の見直しに関する諸問題(2)」別冊NBL 85号150頁以下（2003年）も参照。

(13) 神前禎『解説・法の適用に関する通則法』166頁（弘文堂，2006年），小出邦夫編著『逐条解説・法の適用に関する通則法』168頁（商事法務，2009年）。

(14) 小出邦夫編著『一問一答新しい国際私法』88頁（商事法務，2006年）。

る旨の特則規定を設けることが検討されましたが、実務上は法定担保物権について目的物所在地法のみが適用されるとする認識が一般であり、そのような取扱いで問題は生じていないと考えられること、諸外国においても法定担保物権の準拠法について特則規定を設けている立法例は見あたらないこと等の理由により、そのような特則規定は設けないこととされました」。また、「約定担保物権については、諸外国の立法例の中に資産流動化促進の観点から特則規定を設けている例もあることから、そのような規定を設けることも検討されましたが、我が国の学説上は、約定担保物権について目的物所在地法によることにについて大きな問題点は指摘されておらず、また、実務的にも、資産流動化促進等の観点から特則規定を設ける必要性は指摘されていないこと等の理由により、原則どおり目的物所在地法によることが適切であるとされました」との説明がなされている。

このような理由で今回の改正によって、担保物権の準拠法決定ルールの明文化は見送られることとなったことから、学説および判例の状況を確認する必要がある。わが国では、担保物権の準拠法決定については、約定担保物権と法定担保物権について分けて議論を行うのが一般的である。また、わが国では、これまで船舶をめぐる担保権について裁判で争われたケースを中心に議論が形成されてきた⁽¹⁵⁾。

約定担保物権については、通説は、成立および効力ともに目的物の所在地法が適用されると解している⁽¹⁶⁾。その理由は、約定担保物権は当事者の合意により債権者のために債務者の財産に物的負担を負わせる制度であるため、物権の準拠法によって判断し、被担保債権の準拠法を考慮する必要はないことをあげ

(15) なお、池原季雄＝高桑昭＝道垣内正人「わが国における海事国際私法の現況」海法会誌復刊30号19頁（1986年）。

(16) 折茂豊『国際私法（各論）〔新版〕』109頁（有斐閣，1972年），櫻田嘉章『国際私法〔第5版〕』191頁（有斐閣，2006年），溜池良夫『国際私法講義〔第3版〕』337頁（有斐閣，2005年），西谷祐子「物権準拠法をめぐる課題と展望」民商法雑誌136巻2号60頁（2007年），松岡博『現代国際私法講義』157頁（法律文化社，2008年），山田録一『国際私法〔第3版〕』296頁（有斐閣，2004年）。広島高決昭和62年3月9日判時1233号83頁。

ている。そして、船舶に関する約定担保物権については、通説は、明確な判断基準を提供することを理由に、旗国法の適用を認める⁽¹⁷⁾。裁判例も、この立場にしたがうものが多い⁽¹⁸⁾。

これに対して法定担保物権について、通説は、成立については目的物の所在地法と被担保債権の準拠法の累積的適用を説き、効力については目的物の所在地法が適用されると解している⁽¹⁹⁾。成立について被担保債権の準拠法を考慮する理由としては、法定担保物権は当該債権の特殊性から法律に基づいて成立している担保権であるので、物権の問題であると同時に被担保債権の効力とみることができるため、被担保債権の準拠法が認めている以上の保護を与える必要はないことがあげられている。これに対して、法定担保物権も物権と性質決定される以上は、物権の準拠法のみを適用すれば十分であるとする見解も主張されている⁽²⁰⁾。船舶に関する法定担保物権については、従来の多数説・判例によると、成立については旗国法と被担保債権の準拠法の累積的適用、そして効力については旗国法によることになる⁽²¹⁾。日本の裁判例では、船舶に関する債権について優先弁済権を担保するための船舶先取特権に関するケースが多い。船舶先取特権は、国によっては債権の問題であるとする国もあるが、日本の通説・

(17) 参照、出口耕自『基本論点国際私法〔第2版〕』97頁（法学書院，2001年）。

(18) 秋田地決昭和46年1月23日下民集22巻1=2号52頁，高松高決昭和60年5月2日判タ561号150頁など。

(19) 折茂・前掲注(16)110頁，櫻田・前掲注(16)193頁，西谷・前掲注(16)61頁，松岡・前掲注(16)158頁，山田・前掲注(16)296頁。秋田地決昭和46年1月23日下民集22巻1=2号52頁，広島高決昭和62年3月9日判時1233号83頁。

なお，溜池・前掲注(16)339頁は，効力についても累積的適用を説きつつ，相互に矛盾が生ずる場合には物権の準拠法が優先すると説く。

(20) 石黒一憲「所謂法定担保物権の準拠法について」海法会誌復刊27号5頁（1983年），神前禎＝早川吉尚＝元永和彦『国際私法〔第2版〕』201頁（有斐閣，2006年），澤木＝道垣内・前掲注(11)269頁，道垣内・前掲注(7)283頁，道垣内正人「海事国際私法」落合誠一＝江頭憲治郎編『海法大系』683頁（商事法務，2003年）。大判昭和11年9月15日法律新聞4033号16頁，神戸地決昭和34年9月2日下民集10巻9号1849頁。

(21) 参照，木棚照一＝松岡博編『基本法コンメンタール国際私法』63頁（高桑昭）（日本評論社，1994年）。

判例は法定担保物権の議論がそのまま妥当するとしている⁽²²⁾。

(二) 倒産法での扱い

1 EU 倒産規則

EU 倒産規則は、まず4条において倒産手続開始地国法の原則を定める⁽²³⁾。しかし、各構成国の実質法の相違が著しい分野を含めて、あらゆる場面に倒産手続開始地国法を適用するのは非現実的であるとの判断から、例外を設けることを認めている⁽²⁴⁾。その分野の一つが担保権である。そして、5条では、手続開始時に手続開始地国以外で生じている物権は、倒産手続の開始によって影響を受けないと定める(規則5条1項)。つまり、目的物が倒産手続開始地国に所在しているときには、規則4条の原則により倒産手続開始地国法が適用されるが、目的物が手続開始地国以外に所在するときには目的物の所在地法が適用される。これには担保物権も含まれる(5条2項(b))⁽²⁵⁾。このようなルールを採用した根拠は、財産所在地国における取引を保護すること、そして財産に及ぶ権利に関する法的安定性の確保にあるとされる⁽²⁶⁾。つまり、与信を行う債権者としては、財産所在地国における債務者の財産に対して、所在地国法上認められる法制度に則って担保権を設定している以上、財産所在地法の適用を尊重すべきであるというものである。そこで、物的権利の根拠、有効性および範囲(Begründung, Gültigkeit und Tragweite)は、目的物の所在地法によるこ

(22) 広島高決昭和62年3月9日判時1233号83頁。

(23) Erwägungsgrund der Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates über Insolvenzverfahren Nr. 23.

(24) Erwägungsgrund der Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates über Insolvenzverfahren Nr. 11.

(25) *Paulus*, Europäische Insolvenzordnung, 2. Aufl. 2008, Art. 5 Rdnr. 12 ff.

(26) *Virgós/Schmit*, Erläuternder Bericht zu dem EU-Übereinkommen über Insolvenzverfahren, in: Stoll (Hrsg.), Vorschläge und Gutachten zur Umsetzung des EU-Übereinkommens über Insolvenzverfahren im deutschen Recht, 1997, Rdnr. 97.

ととされた⁽²⁷⁾。

【EU 倒産規則（倒産手続に関するヨーロッパ理事会規則）】⁽²⁸⁾

第4条（準拠法）

第1項

本規則に別段の定めがない限り、倒産手続およびその効力は、手続が開始される構成国（以下では倒産手続開始地国という）の倒産法による。

第2項

倒産手続開始地国法は、倒産手続の開始要件、手続の実施方法および終了について定める。とくに以下の事項について定める。

- (a) 倒産手続を行うことができる債務者の種類。
- (b) 財団を構成する資産の範囲、倒産手続開始後に債務者が取得した資産の取扱い。
- (c) 債務者と管財人の権限。
- (d) 相殺の要件。
- (e) 倒産手続が、債務者が締結した現在有効な契約に及ぼす効力。
- (f) 倒産手続の開始が、個々の債権者による権利追求手段に及ぼす効力。
ただし、係属中の訴訟に及ぼす効果は除く。
- (g) 倒産債権として届出るべき債権、および倒産手続開始後に発生した債権の取扱い。
- (h) 債権の届出、調査、確定。
- (i) 資産換価金の配当、債権の順位、および倒産手続開始後に物権的権利または相殺によって一部満足を得た債権者の権利。
- (j) とくに和解による、倒産手続終了の要件および効力。

(27) Erwägungsgrund der Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates über Insolvenzverfahren Nr. 25.

(28) ドイツ語文テキストをもとに貝瀬幸雄『国際倒産法と比較法』31頁、35頁（有斐閣，2003年），高木新二郎『倒産法の改正と運用』278頁以下（商事法務，2000年）を参照して訳出した。EU 倒産規則の訳については、以下でも同書を参照した。

- (k) 倒産手続終了後の債権者の権利。
- (l) 立替金を含む倒産手続費用の負担者。
- (m) 総債権者を害する法律行為の確定的無効、否認、相対的無効。

第5条 第三者の物権的権利

第1項

債務者の有体動産および無体動産、動産および不動産に対する債権者または第三者の権利は、倒産手続開始時において他の構成国に所在する場合でも、倒産手続の開始によって影響を受けない。

第2項

1項の権利とはとくに次のものをいう。

- (a) とくに質権または抵当権に基づいて、目的物を換価し、または換価させ、および目的物の換価金または収益から満足を得る権利。
- (b) とくに債権質または債権譲渡担保に基づき、債権を取り立てる排他的権利。
- (c) 権利者の意思に反して占有または利用している者から目的物の引渡を請求する権利。
- (d) 目的物の果実を取得する物権的権利。

第3項

公簿に登録された、第三者に対して有効な、1項にいう物権的権利を請求する権利は、物権的権利として扱われる。

第4項

第1項は、4条2項(m)に基づく法律行為の確定的無効、否認、または相対的無効を妨げるものではない。

2 日本法での議論

次に、日本における議論に目を転ずる。わが国では明文の規定がないことから、解釈によってこの問題を決することになる。

この点について、まず、担保物権のうち、どのような権利が倒産手続において別除権を構成するかについての判断は、倒産手続開始地国法により統一的に判断すべきであるとする見解が、日本では有力に説かれている⁽²⁹⁾。その理由は、別除権たる位置づけの問題は、担保物権の効力それ自体から生ずる問題ではなく、担保物権が倒産手続開始地国における倒産法上どのような位置づけを与えられるかの問題であるし、また、別除権行使による特定債権者への優先的弁済は、一般債権者の地位に影響を及ぼすことになるので、単一の基準によって統一的に扱われるべき問題であることが挙げられる。

しかし、そもそも別除権が認められるには、その前提として担保物権が成立している必要がある。この問題は、国内倒産法においては、民商法などの実質法に判断を委ねている。そこで、国際倒産においても、別除権者がどのような物に対して物権的支配を有するかは、別除権の根拠である担保物権の準拠法によって定まると説かれる⁽³⁰⁾。

この有力説に立った場合、担保物権の準拠法所属国の倒産法で認められた権利と、日本の倒産法で認められる権利とが必ずしも一致しない場合が起こりうる⁽³¹⁾。そこで、たとえば、ある船舶について外国法による担保権が設定された場合には、調整問題の一種として日本法で認められている担保権に評価し直した上で、日本の倒産法での処遇を考えることが説かれる⁽³²⁾。

このような判断枠組は、先にみた EU 倒産規則とは異なるものである。EU 倒産規則では、取引保護の方を優先させ、財産所在地法の適用を認めている⁽³³⁾。倒産規則での規律方法では、担保物権の準拠法は倒産法上も優先権がそのまま

(29) 石黒一憲ほか『国際金融倒産』264 頁〔貝瀬幸雄〕（経済法令研究会、1995 年）、河野・前掲注(5)150 頁、本間＝中野＝酒井・前掲注(9)219 頁〔本間〕、山戸・前掲注(5)902 頁。

(30) 山戸・前掲注(5)902 頁。

(31) 山本・前掲注(6)39 頁。

(32) 石黒一憲『国際民事訴訟法』321 頁（新世社、1996 年）、貝瀬・前掲注(28)264 頁、河野・前掲注(5)151 頁。

(33) ドイツにおいても、この点は EU 倒産規則が施行される以前から有力説によって支持されていたが議論は錯綜していた。Vgl. Balz, Das neue Europäische Insol-

認められることになるため（EU 倒産規 5 条 2 項），予見可能性の点で優れているといえる。近時，わが国でも，従来の有力説を批判し，担保権者の予測可能性の観点から目的物所在地法の適用を説く見解が主張されている⁽³⁴⁾。

（三）外国での担保権の実行と弁済調整（ホッチボット・ルール）

債権者が，外国で債務者の財産に対して担保権の実行（あるいは相殺権の行使）をしていた場合，これによって得た金銭を国内倒産手続の配当において考慮すべきであろうか。弁済調整に関するルールの適用が問題になる。

EU 倒産規則は 20 条 2 項で弁済調整に関する規定をおいている。しかし，倒産手続開始地国以外で担保権の実行がなされた場合の扱いに関しては明らかにしておらず，倒産手続開始地国法に委ねられていると解されている⁽³⁵⁾。

モデル法 32 条は，担保権の実行によって得られた金銭については弁済調整の適用を除外している⁽³⁶⁾。この場合も含むとすると，各国の執行法に関する法制度の調整が必要となる可能性が生ずるため，モデル法での対応を見送ったとされる⁽³⁷⁾。したがって，各国法に委ねられたことになる。

日本法上，このルールの適用を受けるのは，(i)国内倒産手続に参加している債権者が，(ii)国内倒産開始決定後に外国倒産手続などで配当を受け，(iii)この債権者に対する外国手続での配当等の割合が国内手続における他の債権者よりも高い場合とされている。外国で担保権を実行した場合に，このルールの適用は

venzübereinkommen, ZIP 1996, 948, 950; *Ebenroth*, Die Inlandswirkungen der ausländischen lex fori concursus bei Insolvenz einer Gesellschaft, ZZZ 101 (1988), 121, 138 Fn. 110; *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht, 6. Aufl. 2009, Rdnr. 3553; *Gottwald*, in: Gottwald (Hrsg.), Insolvenzrechtshandbuch, 3. Aufl. 2006, § 131 Rdnr. 11; *Hanisch*, Das Recht grenzüberschreitender Insolvenzen: Auswirkungen im Immobiliensektor, ZIP 1992, 1125, 1129; *Trunk*, Internationales Insolvenzrecht, 1997, S. 293 ff.

(34) 森田・前掲注(5)57頁。

(35) 貝瀬・前掲注(28)66頁。

(36) Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency, Nr. 199.

(37) 山本・前掲注(3)330頁。

ないとする見解が有力であるが⁽³⁸⁾、日本ではまだ議論が不十分である。なお、日本法と当該外国法とで権利の位置づけが異なる場合に、どのように扱うのかという問題が生ずる。倒産手続における債権の順位ないし範囲の問題は、総債権者にとって引き当てとなる財産の範囲を画する問題といえるとして、倒産手続地法が判断すべきであると説かれている⁽³⁹⁾。

【EU 倒産規則（倒産手続に関するヨーロッパ理事会規則）】

第 20 条 返還義務および算入

第 1 項

3 条 1 項に基づく倒産手続開始後に、とくに強制執行といった、何らかの方法によって、他の構成国に所在する財団の目的物から全額または一部の満足を受けた債権者は、5 条および 7 条の適用があるものの、取得した金銭を清算人に返還しなければならない。

第 2 項

債権者の平等を確保するために、ある倒産手続で配当を得た債権者は、他の倒産手続においては、同じ順位または同じ組に属する他の債権者が同じ配当を受けた場合に、他の当該倒産手続で配当に参加することができる。

【UNCITRAL モデル国際倒産法】⁽⁴⁰⁾

第 32 条 並行手続における配当の規律

担保権付き債権または物的権利による場合をのぞき、外国の倒産関連法の下での手続において、自己の債権の一部について配当を受けた債権者は、同一順位の他の債権者に対する配当が、自身がすでに受け取った配当よりも低い割合で配当を受け取っている場合には、同一債務者に対する〔立法国の倒産関連法律を特定〕の下での手続において、同一債権に関する配当

(38) 参照、山本・前掲注(3)331 頁。

(39) 本間 = 中野 = 酒井・前掲注(9)219 頁〔本間〕、山戸・前掲注(5)898 頁。

(40) 訳は、高木・前掲注(28)249 頁、山本・前掲注(3)329 頁を参照した。モデル法の訳に関しては、以下においても同書を参照した。

を受けることができない。

四 外国倒産手続の承認との関係

国際的な企業活動では、リスク管理の観点から海外支店を設けるよりも現地法人を設立することが多いといわれる。この場合、親会社と海外の子会社は別個の法人格を有することから⁽⁴¹⁾、互いに別個に倒産手続が進められるため、承認援助処分を要しないことになる。そうすると、外国倒産手続の承認が日本で問題となるのは、外国で主手続が開始され、日本に営業所や財産などがある場合が考えられる。この場合に、たとえば営業所での取引をめぐって営業所の財産について担保権が設定されたときに、この担保権はどのような取扱いをうけるのであろうか。

担保権者は国内法上優先的扱いを受けており、この者が有する利益の保護は国際倒産の局面でも尊重されるべきであるが、他方で債務者の事業の継続に必要不可欠な財産に対する担保権の実行は債務者に重大な影響を及ぼすことになる。そこで承認援助法 27 条は、承認援助法 25 条による強制執行の中止命令よりも厳格な要件のもとで、担保権実行としての競売の中止命令を認めた⁽⁴²⁾。こ

(41) 国際的な親子会社の倒産については、モデル法にも EU 倒産規則にも規定はない。EU 規則については、*Virgós/Schmit*, a.a.O. (Fn. 26), Rdnr. 76. EU 法において、結合企業の倒産処理が規定されていない理由は次の点にあるとされている。Balz, *The European Union Convention on Insolvency Proceedings*, 70 Am. Bankr. L. J., 485, 503. すなわち、①EU 各国が親子会社の法的問題（たとえば、法人格否認の法理の可否や、子会社の債務についての親会社の責任など）に対する規律について異なった見解を採用していること、②EU の多くの国が、子会社の利益を保護するために、親会社の倒産を子会社に及ぼすことを認めず、また双方の倒産手続を同じ裁判所や管財人によって併合的に処理することに否定的であること、③ヨーロッパ大陸法的な発想からすると、法人が異なる法域で設立されてそれぞれ別個に倒産手続が開始されたときには、国際倒産の問題は生じないと考えられていること、である。諸外国での議論に関する文献は、芳賀・前掲注(4)99 頁注(201) (203)の諸文献のほか、Mevorach, *Insolvency within Multinational Enterprise Groups*, 2009 を参照。

(42) 松下淳一「承認の効果」金融・商事判例 1112 号 135 頁 (2001 年)、深山卓也編著『新しい国際倒産法制』186 頁 (きんざい, 2001 年)。

の中止命令は利害関係人の申立てまたは職権に基づく。本条による中止命令の要件は、①債権者の一般的利益に適合すること、②競売申立人に不当な損害が生じないこと、③競売申立人などの意見を聴取すること、である（同条1項、4項）。①については、担保権を実行するよりも手続を中止した方が、債権者に分配可能な債務者の財産価値が高くなる場合をいう。ここでの債権者は、国内債権者だけではなく、総債権者と考えられる。並行倒産の局面では属地的に国内倒産手続が進められるので国内財産と国内債権者が中心になるが、外国倒産手続が承認された場合は外国債権者の利益も考慮する必要があるからである。②の要件は、中止命令が出て担保権者が担保権を実行することができなくなることにより、その者が経済的に困窮することがないようにするためのものである。中止命令が下されると、担保権者は裁判所が定める相当期間の間、担保権の実行を中止する。これにより、債務者と担保権者は弁済方法などについて交渉する機会を有することになる。この期間は延長することができるが（同条5項）、期間経過後は担保権実行が可能になる。本条の中止命令は25条による中止命令と同様に、外国倒産手続の承認決定が下される前でも、下すことができる（同条2項）。中止命令に対して、担保権者は即時抗告を申し立てることができるが（同条6項）、執行停止効はない（同条7項）。

五 関連する問題

（一）相殺権

1 相殺の準拠法⁽⁴³⁾

相殺権は、担保権と同じ機能を有する。なぜなら、債権者が倒産債務者との

(43) 比較法的考察は、たとえば、多喜寛「国際私法における相殺」法学54巻5号137頁（1990年）、元永和彦「国際的な相殺に関する諸問題(1)～(6・完)」法学協会雑誌113巻5号73頁、6号1頁、7号1頁、8号30頁、9号1頁、10号1頁（1996年）。

関係で相互に金銭債権を有し、相殺することができる場合には、担保権に基づいて権利実行を行うのと同様に優先的満足を受けることができるからである。

相殺の準拠法について、「法の適用に関する通則法」は規定を設けていない⁽⁴⁴⁾。法改正に際しては、明文の規定を設けることが検討されたが、議論が不十分であるとして見送られた⁽⁴⁵⁾。すなわち、「相殺という制度は、各国によって、その性質が異なっており、国際私法上の性質決定の考え方も異なっていますが、このような多様な法制度を前提として、わが国の国際私法上どのような明文規定を設けて規律すべきかに関しては、学説上および実務上十分な議論が尽くされていません。また、連結政策についても、2つの債権の消滅の問題であることを根拠に自働債権の準拠法と受働債権の準拠法が累積適用されると考える通説的な見解のほかに、相殺の担保的機能に着目して受働債権の準拠法によるべきとする見解や、受働債権の譲受人および差押債権者等に対する効力については債権譲渡の第三者に対する効力の準拠法と同一の法を適用すべきとの見解も主張され、学説上争いがある状況です。さらに、諸外国においても、統一的な立法がされるには至っておらず、実務界からも、現時点において明文の規定を設ける実務上の必要性があるとの指摘はされていません」と説かれている。

わが国の通説は、相殺はすでに存在している双方の債権を消滅させる制度であるとして、受働債権と自働債権の準拠法の累積的適用を説く⁽⁴⁶⁾。他方、ドイ

(44) 「法の適用に関する通則法」立法に際しての議論状況については、法例研究会「法例の見直しに関する諸問題(1)」別冊NBL 80号109頁(2003年)も参照。

(45) 参照、神前・前掲注(13)163頁、小出・前掲注(14)131頁、小出・前掲注(13)301頁。以下、本文で引用するのは、小出・前掲注(14)131頁である。

(46) 江川英文『国際私法〔改訂〕』249頁(有斐閣、1957年)、木棚照一=松岡博=渡辺惺之『国際私法概論〔第5版〕』184頁〔木棚〕(有斐閣、2007年)、久保岩太郎『国際私法概論〔改訂版〕』198頁(巖松堂、1953年)、櫻田・前掲注(16)245頁、溜池・前掲注(16)414頁、山田・前掲注(16)381頁。Kegel/Schurig, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2004, S. 753によると、本説は、ドイツの少数説、フランスでは通説とされる。

ツの通説・判例⁽⁴⁷⁾、あるいは、スイス国際私法 148 条 2 項のように⁽⁴⁸⁾、受働債権 (Passiv- oder Hauptforderung) の準拠法を説く見解も近時は有力である⁽⁴⁹⁾。その理由は、相殺は反対債権を利用した弁済に他ならないことや、また、相殺が問題になる局面では、多くの場合、自働債権 (Aktiv- oder Gegenforderung) の債務者の経済状況が悪化した場合に用いられることから、経済的価値を有している受働債権が法律関係の重心をなしていると考えられることを根拠にする。いわゆるローマ規則 (I) 18 条もこの立場である⁽⁵⁰⁾。なお、コモンロー諸国で採用されている見解、すなわち相殺を訴訟上の制度であるとして、法廷地法の適用を説く見解は⁽⁵¹⁾、現在、日本では主張されていないと考えられる。

2 倒産法での扱い

EU 倒産規則 4 条 2 項(d)および 6 条によると、倒産手続開始地国法または相殺の準拠法のいずれかが相殺を許容しているときには相殺が可能である。これは、相殺を担保権と同視した扱いをすることで、相殺の可能性を保障している

(47) BGH, Urt. v. 25. 11. 1993, NJW 1994, 1413, 1416; *Bamberger/Roth/Spickhoff*, BGB, Bd. 3, 2. Aufl. 2008, Art. 32 EGBGB Rdnr. 10; *Kegel/Schurig*, a.a.O. (Fn. 46), S. 753; *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 5. Aufl. 2004, S. 489; *Martiny*, in: *Reithmann/Martiny*, Internationales Vertragsrecht, 6. Aufl. 2004, Rdnr. 310; *Münchener Kommentar/Spellenberg*, BGB, Bd. 10, 4. Aufl. 2006, Art. 32 Rn. 65; *Rauscher*, Internationales Privatrecht, 3. Aufl. 2009, Rdnr. 1220 (S. 280).

(48) Vgl. *Basler Kommentar/Dasser*, Internationales Privatrecht, 2. Aufl. 2007, § 148 Rdnr. 16 ff., 32; *Zürcher Kommentar/Keller/Girsberger*, Internationales Privatrecht, 2. Aufl. 2004, § 148 Rdnr. 40.

(49) 折茂・前掲注(16)214 頁, 実方正雄『国際私法概論〔再訂版〕』262 頁(有斐閣, 1942 年), 澤木=道垣内・前掲注(11)261 頁。ただし, 折茂・前掲 216 頁および実方・前掲 263 頁は, 自働債権の消滅は自働債権の準拠法によるとする。

(50) 契約債務の準拠法に関する 2008 年ヨーロッパ理事会規則。

(51) イングランドにつき, *See Cheshire, North & Fawcett*, Private International Law, 95 (14th. ed. 2008); *Dicey, Morris & Collins*, The Conflict of Laws, § 7-032 (14th ed. 2006).

アメリカ合衆国につき, *McDougal/Felix/Whitten*, American Conflicts Law, 407 (5th ed. 2001); *Restatement (second) of Conflict of Laws*, § 128 (1971).

ということになる⁽⁵²⁾。ここで相殺の準拠法をどのように考えるか問題になるが、EU 倒産規則は受働債権の準拠法を前提としている⁽⁵³⁾。相殺の準拠法について EU 構成国以外の法が適用される場合に、本条の適用があるか否かは議論がある⁽⁵⁴⁾。第三国の法が適用される場合には本条の対象外であるとする見解では⁽⁵⁵⁾、倒産手続開始国の国際私法が指定する相殺の準拠法だけで判断することになる。

日本法上、国際倒産における相殺については、倒産開始地法の適用を説く見解が有力である⁽⁵⁶⁾。その理由は、相殺は別除権と同様に他の債権者に先立って優先弁済を受けることができるが（担保的機能）、相殺権の行使によって全債権者に配当などで重大な影響が及ぶことから画一的に判断がなされる必要性が高いといえるからであるという。

この有力説にしたがい、国際倒産における相殺で倒産開始地法が適用されるとしても、債権の成立については債権自体の準拠法が適用される。そして、倒産手続での相殺適状の問題については手続開始地国法、相殺の効力については相殺の準拠法によることになると考えられる。相殺の準拠法には争いがあるものの、日本の通説によれば⁽⁵⁷⁾、両債権の消滅にかかわることから双方の債権の準拠法を累積的に適用することになる。

(52) Virgós/Schmit, a.a.O. (Fn. 26), Rdnr. 107.

(53) Virgós/Schmit, a.a.O. (Fn. 26), Rdnr. 108.

(54) 第三国法の場合にも適用されるとするのは、*Münchener Kommentar/Reinhart*, Insolvenzordnung, 2. Aufl. 2008, Bd. 3, Art. 6 EulnsVO Rdnr. 10; *Rauscher/Mäsch*, Europäisches Zivilprozeßrecht, 2. Aufl. 2006, Art. 6 EG-InsVO Rdnr. 6. See also Fletcher, Insolvency in Private International Law, § 7. 100 (at 410) (2nd ed. 2005).

(55) 相殺の準拠法が第三国法の場合には倒産規則 6 条の適用はないとするのは、*Münchener Kommentar/Kindler*, BGB, 4. Aufl. 2006, Bd. 11, IntInsR Rn. 286; *Duursma-Kepplinger*, in: Duursma-Kepplinger et al, Europäische Insolvenzverordnung, 2002, Art. 6 Rdnr. 22; *Pannen/Ingelmann*, Europäische Insolvenzverordnung, 2007, Art. 6 Rdnr. 7; *Virgós/Schmit*, a.a.O. (Fn. 26), Rdnr. 93.

(56) 石黒ほか・前掲注(29)265 頁〔貝瀬〕, 河野・前掲注(5)153 頁, 本間 = 中野 = 酒井・前掲注(9)219 頁〔本間〕, 元永・前掲注(43)法協 113 巻 7 号 22 頁, 横溝大「否認・双務契約・相殺(下)」NBL 666 号 40 頁(1999 年)。

(57) 前掲注(46)を参照。

【EU 倒産規則（倒産手続に関するヨーロッパ理事会規則）】

第6条 相殺

第1項

自己の債権を債務者の債権と相殺する債権者の権限は、倒産債務者の債権の準拠法によると相殺が適法であるときには、倒産手続の影響を受けない。

第2項

第1項は、第4条2項Ⅳによる法律行為の確定的無効、否認、および相対的無効を妨げない。

(二) 否認権

1 債権者取消権の準拠法

担保権設定行為や相殺権の行使が否認の対象になることが考えられる。その場合、否認権の準拠法をどのように考えるのか、考え方は多岐に分かれる。

まず、類似の制度として債権者取消権が認められているので、その準拠法についてみる。債権者取消権の準拠法について、「法の適用に関する通則法」は規定を設けていない⁽⁵⁸⁾。法改正に際しては、明文の規定を設けることが検討されたが見送られた。その理由としては、次の点があげられている⁽⁵⁹⁾。すなわち、「債権者代位権および債権者取消権のいずれの点に関しても、他国の立法例もほとんどみられない上、法制審議会の審議において連結政策について見解が一致せず、規定がない現状においても実務上の不都合は生じておらず、逆に規定を設けることで実務上の混乱を来すおそれがあるとの指摘もあったことから、これらの点についての特段の規定を設けることは適当ではないと考えられたとされる。

(58) 「法の適用に関する通則法」立法に際しての議論状況については、法例研究会・前掲注(44)126頁も参照。

(59) 小出・前掲注(13)297頁。

そこで、解釈により準拠法を決定することになるが、この点についてわが国の通説は、債権者取消権の制度を訴訟上の制度ではなく⁽⁶⁰⁾、実体法上の制度として位置づけている。その理由は、債権者取消権は、債務者の責任財産保全のために認められた実体法上の債権保護手段であることによる。そして、債権者が債務者に対して有する債権の効力の問題であることから、債権者が債務者に対して有する債権の準拠法を適用し、そして債権者によって取り消される行為は債務者と第三者との法律行為であることから、この第三者の利益保護の観点から、取消の対象となる債務者と第三者との法律行為の準拠法を累積的に適用すると説かれる⁽⁶¹⁾。

2 否認権の準拠法

EU 倒産規則は、否認権について、倒産手続開始地国法の適用を原則として認めつつも、否認されるべき法律行為の準拠法により否認権が認められない場合には、否認権の適用を否定する（EU 倒産規則 4 条 2 項(m), 13 条）。つまり、否認を争う者に一種の“拒否権（Veto）”が認められたことになる⁽⁶²⁾。これは、取引の相手方や第三者の信頼を保護するために、設けられたと説かれる⁽⁶³⁾。

UNCITRAL モデル法の審議に際しては倒産国際私法、なかでも否認権について規定を設けるべきであるという意見が強く主張されていたとされる。たしかに、否認権は倒産財団を増殖させる非常に有力な手段であるが、倒産管財人が自国においてのみ否認権行使をすることができるとなると、否認権の効用は限定的なものになってしまう。他方で、各国の否認権に関する法体系が多様で

(60) なお、債権者代位権を訴訟法上の制度と性質決定し、法廷地法である日本法を適用した下級審裁判例がある（東京地判昭和 37 年 7 月 20 日下民集 13 巻 7 号 1482 頁）。しかし、学説からは、債権の対外的効力の問題として扱うべきであるとして批判を受けている。参照、櫻田嘉章＝道垣内正人編『国際私法判例百選（新法対応補正版）』88 頁〔檜崎みどり〕（有斐閣、2007 年）。

(61) 折茂・前掲注(16)196 頁、木棚＝松岡＝渡辺・前掲注(46)184 頁〔木棚〕、櫻田・前掲注(16)241 頁、溜池・前掲注(16)407 頁、山田・前掲注(16)375 頁。

(62) *Duursma-Kepplinger*, a.a.O. (Fn. 55), Art. 13 Rdnr. 15; *Pannen/Dammann*, Europäische Insolvenzverordnung, 2007, Art. 13 Rdnr. 13.

(63) *Virgós/Schmit*, a.a.O. (Fn. 26), Rdnr. 138.

あること、またモデル法策定まで短期間しかない中で、各国のコンセンサスを得るのは困難であることから、一種の妥協案ができた。すなわち、外国管財人は内国において否認訴訟の当事者適格を有するというものである（モデル法 23 条）⁽⁶⁴⁾。この規定は、外国の倒産管財人が自国で選任されていないことを理由に、否認訴訟を提起できなくなることの回避を目的とする⁽⁶⁵⁾。ただし、モデル法は準拠法決定ルールを定めておらず、モデル法採択国各国の国際私法に委ねている。

このようにモデル法 23 条は外国管財人による否認訴訟の提起を認めているが、モデル法を採択した日本法にはこのような規定はない。これは、日本法では否認権の準拠法規定の明文化が見送られたため、準拠法を抜きに当事者適格を認めるのは理論的に困難と考えられたためであるとされる⁽⁶⁶⁾。

否認権については、日本でも要件・行使方法・効果について、倒産手続開始地国法（*lex fori concursus*）によるとする見解が学説で有力に説かれている⁽⁶⁷⁾。その理由としては、否認権が行使されることにより、倒産手続開始地国における債権者の引き当てとなる債務者の財産が増加し、また多くの利害関係人が関わるので一義的に定まる必要があることから、現実には弁済がなされる地の法（すなわち、手続開始地国法）によるべきであるとされている。

これに対して、近時は、ドイツの議論を参考に⁽⁶⁸⁾、原則として倒産手続開始地法を適用しつつも、利害関係人の予測可能性に配慮して、EU 倒産規則 13 条のように否認対象行為の準拠法による拒絶の余地を認める見解⁽⁶⁹⁾、債権者取

(64) Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency, Nr. 166.

(65) 山本・前掲注(3)296 頁。

(66) 松下淳一「国際倒産」オ口千晴ほか編『民事再生法の理論と実務（下）』274 頁（ぎょうせい、2000 年）。

(67) 河野・前掲注(5)154 頁、田頭・前掲注(6)111 頁、竹下守夫編『国際倒産法』26 頁〔竹下〕（商事法務、1991 年）、本間＝中野＝酒井・前掲注(9)220 頁〔本間〕、山戸・前掲注(5)904 頁、山本・前掲注(6)40 頁、横溝・前掲注(56)40 頁。

(68) Vgl. auch BGH, Urt. v. 21. 11. 1996, NJW 1997, 657.

(69) 小林秀之『国際取引紛争〔第 3 版〕』278 頁（弘文堂、2003 年）、山本和彦「国際倒産の立法的課題」ジュリスト 1111 号 48 頁（1997 年）。

消権の準拠法と一致させる見解⁽⁷⁰⁾、あるいは画一的な準拠法選択は妥当ではないとして具体的事案での最適な準拠法の適用を説く見解⁽⁷¹⁾も主張されている。

【EU 倒産規則（倒産手続に関するヨーロッパ理事会規則）】

第13条 利益を侵害する法的行為

総債権者の利益を侵害する法的行為によって利益を受ける者が、以下のことを証明した場合には、4条2項(m)は適用されない。

—— 倒産手続開始地国以外の構成国の法が、この行為の準拠法であること

—— この場合に、この行為が当該構成国法によると争うことができないこと

【UNCITRAL モデル国際倒産法】

第23条 債権者を害する行為を否認する訴訟

第1項

外国手続の承認のに基づき、外国管財人は、[この国において債権または清算を管理する人または機関に利用可能な、債権者を害する行為を否認し、その他効力を失わせるような手続の類型を引用]を開始する適格を有する。

第2項

外国手続が従手続であるときには、裁判所は、当該訴訟がこの国の法律によれば当該外国従手続において管理されるべき資産に関するものであることを確認しなければならない。

(70) 澤木 = 道垣内・前掲注(11)264頁。倒産手続の開始前と開始後とで準拠法が一変するのは、法的安定性を害してしまうことを理由とする。なお、道垣内教授は、債権者取消権の準拠法決定の問題は、詐害行為の対象となった財産の帰属が問題の中心になるとして、財産所在地法の適用を主張している。

(71) 石黒ほか・前掲注(29)333頁〔佐藤鉄男〕、高木・前掲注(6)591頁。

六 結 語

日本の国際倒産法は、手続の局面に関しては近時の一連の法改正を通じて国際的な対応を行ったといえるが、これに対して、倒産抵触法に関する規定を設けることを見送った。これまで倒産抵触法に関する議論が論じられることはそれほど多くなかった状況に鑑みると、今後早期に倒産抵触法に関する規定が設けられる可能性は高くない。したがって、日本の裁判官は、当面は国際倒産の実体的規律について、法律上の明文規定なくして判断せざるを得ないことになる。しかし、このような状況は外国からみた場合、とくに日本の倒産手続の承認が外国で問題となった場合に、日本の国際倒産手続の処理がきわめて不透明に映ることになる。たとえば、日本の倒産手続の承認可否が外国の裁判所で問題となった場合に、当該外国裁判所が、自国の債権者の保護が日本の倒産手続で確保されているか否かを判断するような場合に、手続上のみならず実体法上の債権者の処遇を判断することになると思われる。しかし、その場合に十分な判断基準をわが国が提示しているとはいえない。したがって、この不明瞭さを理由として、わが国の倒産手続が外国で承認されずに、わが国と外国との並行倒産に持ち込まれるということも可能性としてはあり得る。筆者は並行倒産主義を全面否定するつもりはないが、債権者間の平等をできるだけ確保するという観点に立つならば、——クロス・ファイリングや弁済調整ルールがどれだけ機能するかということとも関連するが——並行倒産は望ましい状況とはいえない。そうであるならば、並行倒産を生み出しかねない、このような倒産抵触法をめぐる状況は、早期に改善される必要があるように思われる。

国際倒産の抵触法に関する問題は、本来周到な比較法的検討の上で考察すべきテーマであるが、本稿は、紙幅の関係もあり、今後の検討課題の準備作業にとどまらざるを得なかった。しかし、本稿における従来のわが国の抵触法および国際倒産法での議論の確認作業を通じて、次の点を指摘することは許される

であろう。第一は、わが国の国際倒産における連結政策の複雑さをどの様に考えるかという点である。単一の法律関係について部分的あるいは全面的に準拠法が複数関与するということは、とくに要件については適用範囲が狭められることになり、また効果論においても適用上の困難さが予想される。加えて、国際倒産においては、これら準拠実体法の問題に加えて、内外国の倒産法の適用可能性が生ずる。そこで、法適用の明快性あるいは当事者の予見可能性という視点をどの様に考えるべきか問題となる。第二は、平時の国際私法と倒産国際私法の関係である。近時、国際私法の有力説が、通常の場合の連結方法と倒産といういわば非常時の連結方法とを一体的に把握することを提唱している。これに対しては、倒産手続の局面では多数の利害関係人が手続に登場し、またそれ故に統一的処理が要求されることから、平時の渉外的法律関係とは前提状況が大きく異なるという批判があり得る。しかし、国際倒産に関係する者の予測可能性という点、国際的な法律関係の利害調整を考えた場合には、全面的な倒産手続開始地国法の適用は再考を迫られることになる。たしかに債務者の倒産前と倒産後とでは利害関係が激変することから、必ずしも平時の国際私法と一体的に把握する必要はないと考えるが、この有力説による問題提起は各論的課題を検討する上で考慮すべき要素と思われる。第三に、第二の問題とも関係するが、倒産手続開始地国法の適用範囲である。詳細な検討は別稿に譲ることにするが、本稿で取り上げた担保権、相殺権、そして否認権といった国際取引において問題となる点については、取引保護の観点をどの様に考えるのかという問題がある。取引保護を重視していくのであれば、倒産手続開始地国法の適用を制限する立場によるべきこととなろう⁽⁷²⁾。たとえば、どのような権利が別除

(72) 国際倒産における担保の処遇については、倒産手続開始地国法によるべきか、それとも担保物権の準拠法によるべきかという選択肢が考えられるが、倒産手続開始地国法を適用するならば、すべての担保権が倒産手続開始地国法に服することから平等に扱われ、また普及主義が貫徹されることになると説かれる。これに対して、担保物権の準拠法が適用されるとするならば、取引保護に資することになる。*Taupitz, Das (zukünftige) europäische Internationale Insolvenzrecht*, ZZP 111 (1998), 315, 330 ff.

権を構成するののかという問題は、物権の準拠法によるべきことになる⁽⁷³⁾。たしかに国内倒産手続においては、実体法上認められている担保権について別除権となるかあるいは破産債権となるかは倒産法自体が定めており、実体法上の効果として別除権が認められているわけではない。この点を強調していくのであれば、倒産手続開始地国法の適用となる。しかし、債権者は財産所在地国における債務者の財産を引き当てにして与信を行っているのであり、その地における債権者の法的保護への期待は、担保目的物の所在地以外の国において主たる倒産手続が開始したからといって軽視すべきではない。倒産手続においては利害関係人が多数関与するとはいっても、倒産手続開始前になした債権者の与信行為を保護することは、国際取引保護の観点から尊重すべきであるし、このような保護が認められないのであるなら、債務者が財産所在地国での融資を得る

他方、倒産手続開始地国法の欠点としては、担保目的物所在地以外で倒産手続が開始した場合、所在地で認められていた権利が倒産手続開始地国法では認められないことが起こりうる。これに対して、担保物権の準拠法による場合には、所在地国法の適用によって、倒産手続開始地国法での評価が貫徹されなくなるおそれがあるとの指摘がなされている。Huber, *Internationales Insolvenzrecht in Europa*, ZJP 114 (2001), 133, 153.

そこで、折衷案として、双方の法を適用する見解がドイツでは有力に説かれていた。すなわち、担保権の成立については目的物所在地国法 (*lex rei sitae*)、そして担保権の倒産法上の効果については、倒産手続開始地国法 (*lex fori concursus*) が適用されるというものである。Vgl. *Gottwald*, *Grenzüberschreitende Insolvenz*, 1997, S. 32; *Huber*, a.a.O., S. 153; *Taupitz*, a.a.O., S. 332. この考え方は、日本でも従来から説かれていた立場と一致する。谷口・前掲注(10)421頁、山戸・前掲注(5)896頁。

しかし、ヨーロッパ倒産規則は別の選択をした。つまり、本文で述べたように、倒産手続開始地国法の適用を原則としつつ (EU 倒産規則 4 条)、倒産手続開始地国以外に担保目的物がある場合には、目的物所在地国法上の権利は影響を受けないとした (同規則 5 条)。したがって、ヨーロッパ倒産規則での基本的な考えとしては、倒産手続開始地国以外に所在する目的物に関する担保権は倒産手続開始地国での主手続 (*Hauptinsolvenzverfahren*) ではなく、目的物所在地国での後発的付随手続 (*Sekundärinsolvenzverfahren*)、つまり並行倒産に持ち込んで換価がなされることになる。Vgl. *Huber*, in: *Haß/Huber/Gruber/Heiderhoff*, *EU-Insolvenzverordnung (EuInsVO)*, 2005, S. 550-109; *Taupitz*, a.a.O., S. 333; *Virgós-Schmit*, a.a.O. (Fn. 26), Rdnr. 96. See also Moss/Fletcher/Isaacs, *The EC Regulation on Insolvency Proceedings*, para 8. 188 (2nd ed. 2009).

(73) 森田・前掲注(5)57頁。

ことを阻害しかねないからである。この様に考えるのであれば、別除権をめぐる問題について倒産手続開始地国法の適用を制限し、担保目的物所在地国法の適用を認める立場に合理性があるように思われる⁽⁷⁴⁾。

2009年11月26日脱稿

本稿は日本学術振興会科学研究費基礎研究(C)課題番号 21530095 に基づく研究成果の一部である。

【付記】

国際倒産の分野においても多くの先駆的業績を残しておられる青山善充先生
の古稀に献呈するには、あまりにも拙い論考であることは筆者自身十分認識し
ている。本文において言及したように、本稿はあくまでも、今後、筆者が進め
ていく国際倒産研究の序論にすぎない。この分野における研究を継続すること
で先生の学恩に僅かばかりでもお返しすることを誓い、筆を擱く。

(74) もっとも、当事者の予測可能性・法的安定性という観点からは、動産担保につき所在地国法 (lex rei sitae) を適用する場合には、同一物につき所在地が変更されるたびごとに、その権利の内容も変わってしまう点で問題がある。この問題については、早川眞一郎「国際取引と担保」国際法学会編『日本と国際法の100年(7)国際取引』72頁(三省堂、2001年)。国際倒産の局面については、Vgl. auch Gottwald, a.a.O. (Fn. 72), S. 32.